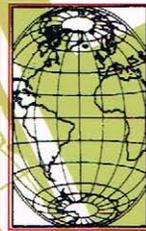




# ROMA E AMERICA. DIRITTO ROMANO COMUNE

REVISTA DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN  
Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO  
EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA

29/2010



Universidad  
**Externado**  
de Colombia

125  
Años

**Roma y América. Derecho Romano Común** es una revista promovida por el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani del Consiglio Nazionale delle Ricerche y por el Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani dell' Università di Roma "Tor Vergata", en colaboración con el Istituto Italo Latino Americano (IILA), la Associazione di Studi Sociali Latino Americani (ASSLA) y Unione Latina.

La estrecha relación entre América Latina y el Derecho Romano le proporciona al sistema jurídico latinoamericano el fundamento de su unidad, de su especificidad y de su universalismo, en el cuadro del sistema jurídico romanista, y de la propuesta, madurada en éste, de un derecho común para todos los hombres, para todos los pueblos, sumergido en la historia y en sus contradicciones, en el cotejo entre los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.

La revista trata, entre otros temas, el derecho de la integración tanto en Europa como en América Latina, a la luz de los sucesos actuales de ordenamiento de las repúblicas nacidas de la revolución por la independencia; la comunicación entre el subsistema latinoamericano y subsistemas europeos en el ámbito del sistema romanista, prestando especial atención a la unidad-unificación del derecho. De otra parte, ésta presta atención también al desarrollo de los temas mencionados en las otras regiones en donde está presente el sistema romanista: países del Extremo Oriente (Japón, China, etc.), países árabes, etc., así como a las contribuciones que surgen de éste para la formación del derecho de todos los pueblos.

Han colaborado en este número de la revista:

MICHELE BAGELLA

ALBERTO BIGLIERI

ANTONIO CATRICALÀ

MARIO P. CHITI

MARCELLO CLARICH

GERMÁN CORONEL

GIUSEPPE FRANCO FERRARI

LUIGI GIAMPAOLINO

HÉCTOR HUICI

RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO

RODOLFO CARLOS BARRA

ARMANDO CANOSA

MARIATERESA CELLURALE

MARIO CIACCIA

DIEGO CORAPI

ANTONIO D'ATENA

PABLO GALLEGOS FEDRIANI

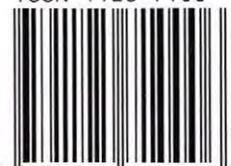
VÍCTOR HERNÁNDEZ MENDIBLE

CESARE MIRABELLI

29

2010

ISSN 1125-7105



9 771125 710006 >

## REQUISITOS FORMALES Y MATERIALES DEL EMPRENDEDOR (IP) Y DEL SOCIO NO ESTATAL (APP)

ALBERTO BIGLIERI

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Contratación directa, su denominación. — 3. Precepto constitucional. — 4. Responsabilidad precontractual. — 5. La licitación pública. — a) Los pliegos de bases y condiciones. - b) Garantía de las ofertas. - 6. Iniciativas privadas para obras públicas. - 7. Asociaciones Público Privadas. - A. Pequeña expresión de deseos. - B. La normativa vigente. - 8. Las excepciones al procedimiento licitatorio. - A. Único oferente. - B. La emergencia. -C. Las ofertas frustradas. - D. El *tus variandi*. -E. Las compras secretas. - F. El oferente estatal. — G. El fracaso del procedimiento licitatorio (detalle). — 9. Conclusión.

### 1. Introducción

Aun cuando en nuestro país la normativa referente a la Asociación Público Privada (en adelante APP) no ha cristalizado en ningún proyecto, y las Iniciativas Privadas (IP) recién empiezan a desenvolverse, concluiremos en que es necesario rediseñar el modelo de las APP, pues el actual marco reglamentario imposibilita el impulso privado — limitándolo a las IP — y utiliza un método de remisiones al procedimiento licitatorio que puede desencadenar en un subsistema de contrataciones directas que afecte las reglas de juego de la competencia, protegidas constitucionalmente en la Argentina desde 1994. No obstante esta crítica, la dificultad del sistema federal y el respeto a las potestades locales, se ha avanzado al conjugar bien la propuesta de adhesión a los decretos que rigen ambos sistemas (Decr. 966/05 y Decr. 967/05, respectivamente), que ya han sido adoptados en varias jurisdicciones provinciales, y que alientan a pensar en que se está oyendo el reclamo de algunos compromisos mercosureños<sup>1</sup>.

Asimismo, sólo para instalar el tema, considero necesario elaborar una clasificación de las infraestructuras, dividiendo entre aquellas cuya utilización tengan un impacto directo sobre la producción (transporte, comunicaciones, puertos, rutas, etc.) de aquellas a las que se relacionan con las necesidades sociales (salud, educación), pues la inversión privada puede encontrar herramientas tentadoras, como lo están siendo los fideicomisos, en las obras destinadas al desarrollo económico directo, y a la vez, desahogar al erario público para que se concentre en las deficiencias sociales.

La constitucionalización del derecho a la vida no eliminó, ni redujo la tasa de homicidios, ni la mortandad infantil por desnutrición, ni los accidentes de tránsito fatales en la Argentina. Tampoco, ninguno de los

<sup>1</sup> Decisión CMC. 27/04.

países que han incorporado los Pactos Internacionales de Protección a los Derechos humanos a sus bloques de constitucionalidad, la han disminuido por esa causa.

Del mismo modo, la incorporación al derecho interno de los Pactos sobre transparencia y anticorrupción<sup>2</sup> o, directamente, la constitucionalización de la licitación<sup>3</sup> eliminará el flagelo de la corrupción.

Es que la construcción del instituto no se realizó como un procedimiento destinado a ello. Deberíamos sostener, muy por el contrario, que las constantes modificaciones a la selección previa del contratante, y en especial la inmensa cantidad de excepciones que, como un paso o eslabón más del sistema, consagran la posibilidad de contratar directamente por montos y dimensiones que *a priori* están prohibidos, están volviendo el tiempo atrás, desandando el camino, desconstruyendo el instituto, con un poder político que busca la libre contratación como sinónimo de impunidad.

Es que la gran dificultad se encuentra — para quienes buscan como principal finalidad de este procedimiento la transparencia y la lucha contra la corrupción — en la equívoca denominación de dos institutos de una naturaleza diametralmente opuesta, consagrados en nuestra normativa con un idéntico nombre que confunde tanto al principiante, como al más avezado investigador de los órganos u organismos de control.

Efectivamente, es una contratación directa, la que se realiza en los niveles iniciales de la escala dineraria fijada por las normas reglamentarias en materia contractual - sólo precedida por las «cajas chicas» u otros similares" — y se conecta históricamente como la única modalidad de los actuales procedimientos licitatorios que puede demostrar su relación genealógica y plantarse ante la sociedad como la legítima heredera de su antepasada: la libre contratación pública.

Pues, siguiendo con la metáfora sucesoria, todos los otros institutos, aplicables a montos superiores, pueden pretender hacerse con el acervo hereditario del 'inicio de los tiempos', cuando las analogías del derecho privado prevalecían sobre las normas puras de derecho público, si y sólo si aceptamos — convencionalmente — que fueron a ocupar el espacio que dejó vacío la libertad contractual del Estado; que ante el crecimiento de la incidencia de éste en el mercado, exigía como correlato mayor control por ese supuesto, y en menor medida — esta es la tesis - limitar los pecados de la 'tentación' de los funcionarios que podían orientar la decisión hacia una contraparte con la que se relacionen, en riña con la ética.

Lo cierto es que el procedimiento licitatorio recorre un orden lógico - a veces sin secuencia temporal - que va desde su nacimiento - y abandono de la libertad contractual mencionada — incorporando obstáculos al recorrido

<sup>2</sup> Ley nacional 24.759, *Cofivención Interamericana*. Ley nacional 26.097 *Convención de las Naciones Unidas*.

<sup>3</sup> Como la ha hecho la Constitución de la Provincia de Catamarca.

\* Sistemas de certificación de gastos muy pequeños: taxi, locutorios, elementos de librería y fotocopias en poca cantidad, etc.

selectivo de la contraparte, a la vez que fue robusteciendo su anclaje normativo. Cada vez más alambicado el procedimiento, cada vez más alto el rango normativo que lo impone.

Pero, hecha la ley... (o el reglamento o la manda constitucional), institucionalizado el atajo.

Las excepciones — que, como veremos, también se han multiplicado con el tiempo — han progresado aún más en el volumen de los objetos contratados que en su normativización<sup>5</sup>. Y como si esto fuera poco, la doctrina - y la jurisprudencia y la legislación - bautizan genéricamente al desenlace del procedimiento inconcluso con idéntica terminología que aquellos contratos menores ya mencionados. A ambos se los conoce como: contratación directa.

La última analizada se transforma en un 'instituto/virtual', bajo cuya denominación se engloban todos los 'institutos reales' de las excepciones aplicables al procedimiento licitatorio disparado por la norma determinante del quantum de los contratos públicos, creando una confusión fenomenal.

Tal es la confusión, que, volviendo a la metáfora sucesoria, este engendro virtual, pretende con su «nombre y apellido» apócrifos, reabrir la sucesión de la causante 'libertad contractual', y erigirse en la única heredera, desplazando a su homónima — y económicamente pobre por sus menores montos - que en la confusión general se ve obligada a la utilización de 'apodos' o 'alias' para diferenciarse<sup>6</sup>.

## 2. *Contratación directa, su denominación*

La contratación directa, es un instituto subsistente del viejo régimen de libertad contractual del Estado con poca intervención administrativa y menor presencia en el mercado. Conlleva un altísimo nivel de responsabilidad del funcionario, pero que se ve muy amenguado por la escasa incidencia dineraria de la contratación, que, incluso, pasa inadvertida en las macro auditorias y controles superficiales de los órganos u organismos cuya competencia se limita al control posterior de la gestión pública.

Llamaré a la primera de las reseñadas en el punto anterior: *contratación directa natural* y a la segunda - a aquella que se usa para denominar el conjunto de excepciones del procedimiento licitatorio — *contratación directa artificial*.

Se comenzará a notar que, la artificial, crea una cortina de humo, que produce dos efectos: primero impide la visión y luego irrita la vista. Como el sistema real consagra a la contratación directa natural para montos exigüos, los controles se relajan. Pero aun cuando perciben que la importancia dineraria, la duración o la trascendencia pública de la contratación directa no se condice con su natural aplicación, se aborda su

<sup>5</sup> La urgencia y el único oferente acaparan la mayoría de las contrataciones, y se usan como justificaciones en una inmensa cantidad de casos.

<sup>6</sup> Tramite Simplificado, compulsas de precios, etc...

estudio desde el falso presupuesto que el recorrido del procedimiento precontractual con la cita y aplicación de las normas licitatorias — que contienen las excepciones —, implica su respeto y conclusión normal.

Abundan publicaciones de llamados a cotizar sobre objetos únicos en el mercado<sup>7</sup> u otras cuya urgencia en la adquisición, se argumenta después de iniciado el procedimiento. Todos 'atajos' para lograr la contratación directa artificial, justificada por la excepcionalidad.

La situación, además se relaciona en forma directa con la complementariedad de la norma administrativa en relación con la legislación penal, de ética pública y las convenciones internacionales de transparencia y anticorrupción. El desapego al procedimiento es la infracción que dispara el control sobre la responsabilidad penal del funcionario.

El Código penal se nutre de normas 'extrapenales' a las que remite cada vez que se encuentra ante la dificultad de definir un tipo penal específico, casi abandonando la filosofía propia de esa rama del derecho y entrando en una tensión con las garantías a la libertad, defendidas desde la tipificación penal como elemento determinante.

Es que nuestro sistema, permite aplicar al mismo tiempo ambas reglas, creando un grave problema ante los casos en que las conclusiones del control administrativo no comprueban falencias, pero que al haber sido denunciadas en la sede penal siguen en curso, la mayoría de las veces, como es obvio, perdiéndose en el laberinto procesal o simplemente, prescribiendo. Otros Sistemas — como el español o el francés — sólo disparan el proceso penal después de constatada la irregularidad administrativa.

### *3. Precepto constitucional*

En 1994 se reformó la Constitución Nacional, y se incorporó este artículo que contiene el precepto de protección a la libre competencia.

Artículo 42: «Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales<sup>8</sup>, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios».

Sostenemos que la mención del monopolio no se debe limitar a la figura del Estado como único oferente, pues también la norma anterior, más

<sup>7</sup> Por ejemplo: alquileres de inmuebles para oficinas de determinados metrajes y localizaciones, que en las pequeñas ciudades, muchas veces son únicos o ninguno reúne las exigencias, lo que deriva en otras formas excepcionales de contratación.

\* El resaltado me pertenece.

genérica, garantiza «la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados» y viene a incluir la prohibición de las otras formas típicas de defectos de la competencia también conocidas en la jerga económica como posiciones dominantes.

«La competencia que se produzca entre un gran número de vendedores (competencia perfecta) será distinta de aquella que se genere en un mercado donde concurra un número reducido de vendedores (oligopolio). Como caso extremo, en donde la competencia es inexistente, destaca aquel en que el mercado es controlado por un solo productor (monopolio). En cualquiera de estas situaciones, los productores compartirán el mercado con un elevado número de compradores. También caben, sin embargo, las situaciones en que hay un reducido número de demandantes, como por ejemplo los casos de monopsonio y oligopsonio. En general puede afirmarse que cuanto más alto resulte el número de participantes más competitivo será el mercado. Un monopolio es un mercado donde solo hay un oferente. El empresario monopolista tiene la capacidad para determinar el precio. Un monopolio natural surge cuando el costo medio total de una empresa individual se reduce a un nivel tal que ella sola puede producir la cantidad total vendida a un costo medio inferior al de dos o más empresas. Puede haber monopolio por el lado de la oferta y por el lado de la demanda, el tipo más frecuente es el monopolio de la oferta. Un monopsonio es mercado en el que solo hay un comprador. Un oligopolio es aquel mercado en el que la mayor parte de las ventas las realizan unas pocas empresas, cada una de las cuales es capaz de influir en el precio de mercado con sus propias actividades. Como forma de mercado el oligopolio puede existir tanto del lado de la oferta como por el de la demanda; así, un oligopolio será de oferta cuando la demanda esta atendida por unos pocos oferentes. Por otro lado cuando un escaso número de demandantes debe absorber el bien o servicio producido por un gran número de oferentes, estaremos ante un oligopolio de demanda, también denominado oligopsonio. Un oligopsonio es un mercado en que solamente hay unos pocos compradores»<sup>9</sup>.

Otros autores completan estas definiciones con la idea de que la escasa pluralidad de sujetos en una de las fuerzas del mercado debe aparecer con la característica de actferdo, o coalición para deformar el precio, pues puede haber una competencia genuina entre dos o más participantes que no pacten sus políticas de precio antes de salir al mercado, y esto no arruinaría la competencia.

Como se comenzará a percibir, pretendo instalar una discusión sobre el rol de un Estado como único comprador, pues los monopolios — y oligopolios - estatales han obtenido limitaciones de todo tipo, incluso ante la imposibilidad material de restringirlos, ha nacido la acción de las autoridades reguladoras para crear un sistema artificial de mercado al fijar las tarifas.

<sup>9</sup> F. MOCHON - V. BEKER, *Economía. Principios y aplicaciones*, Madrid, 1996, Edigrafos SA, 198,222 y 241.

Ahora bien, ¿es tolerable en el sistema constitucional la posición monopsonica del Estado en el mercado? ¿Respeto la manda del artículo 42, un Estado que libremente adquiere bienes y servicios en un mercado, al cual impone sus reglas de juego en bienes escasos (energía nuclear, inmuebles especiales, servicios de seguridad, etc)?, y peor aún, ¿qué ocurre con aquella cláusula cuando su voracidad compradora termina concentrando la oferta en los grandes jugadores que pueden resistir sus modificaciones contractuales, demoras en los pagos, consolidaciones de deuda, u otras situaciones que exterminan del mercado a las Pymes y a aquellos 'desamparados' de la simpatía de turno?

A continuación desarrollaremos los ejes principales del marco vigente del sistema licitatorio, para destacar los casos excepcionales, que a nuestro entender, deberían limitarse ostensiblemente para responder negativamente a las preguntas realizadas y respetar la manda constitucional reseñada.

#### *4. Responsabilidad precontractual*

Corresponde entonces abordar la evolución del procedimiento licitatorio, para luego concluir en los dos institutos objetos del trabajo, que se encuentran sometidos a este sistema.

Se viene sosteniendo que la actividad interventora del Estado en materia económica excede sus límites históricos comprendiendo actualmente:

«El conjunto de normas e institutos jurídicos que permiten al Estado ejercer influencia, orientar, dirigir, estimular, prohibir o reprimir comportamientos de los agentes económicos en un determinado país o conjunto de países. Derecho económico es también la expresión que designa el estudio de esas normas e institutos jurídicos»<sup>10</sup>.

Pero nos ocuparemos aquí de las situaciones emergentes de la actividad del Estado al seleccionar sus contrapartes en los contratos, y que consideramos como una relación reglada que origina una responsabilidad precontractual propiamente dicha. Pues el apartamiento del sistema licitatorio genera la responsabilidad ante el desbaratamiento de oportunidades garantizadas por el principio de concurrencia, y más aún, en procedimientos complejos como en la IP, el emprendedor obtiene un derecho de resarcimiento por su idea, que se genera en la actividad preparatoria del Estado para llevarla a cabo y, que aún cuando no lo escoge como contratante, debe compensarlo económicamente por la iniciativa.

El derecho privado ha desarrollado algunas ideas para acaparar la utilización esta noción, pero ese esfuerzo privatista nos parece más cercano de algunos institutos de responsabilidad extracontractual que el del actual subtítulo:

<sup>10</sup> F. HERREN ACCULAR, *Diretto economico*, San Pablo, 2006, Editorial Atlas.

«Por el hecho de acceder a negociar sobre un contrato, las partes inmersas en esta fase preliminar no se comprometen a llevar hasta el final los tratos y lograr un acuerdo. Si así fuera se estaría entorpeciendo gravemente el tráfico, ya que nadie se aventuraría a comenzar una negociación»<sup>11</sup>.

Complementando la idea:

«De esa manera se ha juzgado que si uno de los participantes, y en el decurso de las negociaciones, pretende inspeccionar las mercaderías que serán objetivo del negocio futuro, y daña a esos elementos, su responsabilidad es precontractual»<sup>12</sup>.

Para nosotros, como dijimos, las reglas de juego claramente establecidas en los procedimientos de preselección de las contrapartes de la administración forjan un sistema de responsabilidad precontractual que pretendemos estudiar y desarrollaremos como el esquema general de los sistemas de selección de las contrapartes por el Estado. No obstante como es en base al instituto, de cuya complejidad y exigencias, derivan los demás métodos empleados para contrataciones de menor impacto económico, nos concentraremos en la especie típica del género: La licitación pública.

Aún cuando suene demasiado pretencioso, este trabajo busca consagrar, en la lógica de la comprensión de la responsabilidad estatal, un hito que se integre claramente a los llamados Principios Generales del Derecho administrativo. En este orden Cassagne, ha sostenido que el Derecho administrativo había expandido los límites de la responsabilidad privatista en tres distintas dimensiones:

«a) en cuanto admite - como regla general y exclusiva - una responsabilidad directa y objetiva que desplaza la idea de culpa; b) en lo que concierne al reconocimiento, como regla general, de la responsabilidad por actividad estatal legítima, y c) en la admisión de la responsabilidad del estado por la actividad legislativa y judicial»<sup>13</sup>.

Posteriormente, en la misma obra, memora la clasificación de Marienhoff, sobre contratos de colaboración y de atribución y su forma de interpretación:

«En los primeros - contratos de colaboración - donde el cocontratante, el administrado, contribuye con su actividad a que la Administración Pública cumpla funciones específicas o satisfaga fines públicos propios del Estado, en los caos de duda — de justificada duda -, la interpretación ha de ser a favor de los intereses públicos por los que debe velar la Administración. Es razonable que así sea, pues tales contratos se llevan a cabo en "interés público", cuya idea los domina y preside. La doctrina clásica y la actual - aunque sin hacer

<sup>11</sup> R. COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad precontractual*, en *L.L.*, t. 2006-E, Buenos Aires, 1380 ss.

<sup>12</sup> R. COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad precontractual* cit.

<sup>13</sup> J.C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2009, Marcial Pons, 52.

todavía la distinción sistemática entre contratos administrativos de colaboración y de atribución - se pronuncia en ese sentido, sea diciendo que la interpretación debe efectuarse de manera que ella favorezca el funcionamiento del servicio público o el interés público»<sup>14</sup>.

En sentido contrario, la interpretación de los contratos de atribución se inclinan a proteger el interés privado. Estos Principios impregnarán fuertemente las conductas del administrador en los procedimientos de preselección del cocontratante y especialmente lo abordaremos en la idea que elaboramos sobre las Licitaciones declaradas desiertas. Aún sin perder de vista, que hemos de tener especialmente en cuenta la presunción subjetiva prevista en el Decr. 1023/2001, según la cual toda contratación que realiza la Administración Nacional se presume administrativa<sup>15</sup>.

### 5. *La licitación pública*

El instituto de la licitación pública está profundamente arraigado en nuestro sistema de derecho administrativo como el procedimiento preferido a la hora de seleccionar los cocontratantes con las organizaciones del derecho público nacional, provincial y local<sup>16</sup>.

Este anclaje, o más específicamente hablando, esta interrelación ha recorrido - y recorre — todas las construcciones normativas posibles en nuestra estructura jurídica: reglamentos, ordenanzas, leyes<sup>17</sup>, normas supranacionales y finalmente el impulso de las últimas corrientes del constitucionalismo, que tienden a transformar en enciclopédicas las viejas redacciones programáticas, han llevado a incluir en la misma letra de los magnos textos el procedimiento licitatorio<sup>18</sup>. Igualmente se debe señalar que

<sup>14</sup> M.S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978<sup>2</sup>, t. III-A, Abeledo Perrot, 618.

<sup>15</sup> J.C. CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, 2005<sup>2</sup>, Abeledo Perrot, 55.

<sup>16</sup> En algunos casos se ha obligado a grandes concesionarias de servicios públicos a realizar licitaciones públicas para impedir los abusos de las posiciones dominantes en los mercados a la hora de proveerse de determinados bienes. Por ejemplo ver R. DROMI, *Empresas públicas. De estatales a privadas*, Buenos Aires, 1997, Ciudad Argentina, 250: «Pliego de Bases y Condiciones OSN: 13.7. Procedimientos de Contratación. 13.7.2. Los contratos de bienes, servicios, y locaciones de obra que celebre el concesionario deberán ser realizados previa licitación pública u otro procedimiento competitivo de similar alcance comparable, cuando el monto contractual exceda los diez millones de pesos (\$ 10.000.000.) en el año y por contrato. Este monto podrá ser regulado por el ente regulador, a los efectos de mantener su valor original».

<sup>17</sup> Los sistemas de contratación han sido establecidos por Decreto, Decretos de Necesidad y Urgencia, Decretos Reglamentarios sobre Leyes de Obras y Servicios Públicos, Ordenanzas Generales de la Dictadura Militar, Ordenanzas en los Municipios, Leyes y Decretos Provinciales, en fin, han nacido de todas las formas posibles.

<sup>18</sup> Constitución de la Provincia de Catamarca, artículo 174: «Toda enajenación de bienes de la provincia, compras suministros y demás contratos realizados por la misma, se harán mediante subasta o licitación pública bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales de los funcionarios que autoricen, ejecuten o consientan la trasgresión de estas normas. Quedan exceptuados los casos que expresamente prevea la ley de la materia».

en el sistema federal de la Constitución Nacional Argentina, las competencias no delegadas por las Provincias a la Nación, y el reconocimiento a las autonomías municipales nos dejarían hoy ante la posibilidad formal de contar con 2.181<sup>19</sup> normas procedimentales de selección de cocontratantes en los municipios, a las que habría que sumar las correspondientes a las competencias provinciales y federales, por lo tanto y a pesar del compromiso con el MERCOSUR<sup>20</sup> de unificar los subsistemas federales, conviven en nuestra organización estatal todo tipo y rango de normas licitatorias.

Amén del método utilizado, la licitación pública se ha consagrado en nuestro medio como un procedimiento obligatorio de selección del cocontratante para las adquisiciones de bienes y servicios de relevancia económica. También ha logrado imponerse en el imaginario colectivo, desplazando la relación de especie, que la une con los genéricos/procedimientos de preselección, para aplicarse - prácticamente - como un sinónimo.

Vale la pena aclarar, o al menos recordar, que fuertes opiniones doctrinarias<sup>21</sup> sostienen que en lo que dimos en llamar el inicio de los tiempos», en la génesis de las relaciones contractuales administrativas, el criterio, la lógica del actuar de la administración se basaba en el principio de la libre elección, de típica lógica privada. A pesar que - como desarrollaremos en el próximo párrafo — este principio se transformó a la vez en un recuerdo histórico y un presente que ha quedado reducido a un parámetro residual, pues cuando no hay norma que fije un determinado procedimiento, allí rige la libertad contractual. Igualmente, la mayoría de las jurisdicciones han reglado en la materia.

Muchos años han pasado. Y se han construido sistemas de preselección abordados desde la óptica de optimizar los contratos, o desde la visión de generar un fuerte esquema de control que elimine el flagelo de la corrupción. Una u otra fundamentación, en forma alternativa o complementaria, han sido ideas-fuerza que solo sirven en la actualidad para algunos comentarios doctrinarios. Lo cierto es que la aplicación del procedimiento licitatorio importa una cantidad de derechos y obligaciones a los cocontratantes que se adelantan a las relaciones emergentes del acuerdo bilateral o contrato, para anticiparse a la fecha misma desde la que se invita o convoca a la adquisición de los pliegos, *v.g.*: a la fecha de la publicidad de la convocatoria a la licitación; o en los casos de la APP e IP, a veces, desde el mismo inicio del expediente.

<sup>19</sup> Municipios y/o Comunas por Provincias: Buenos Aires: 135, Santa Fé: 363, San Luis: 64, La Pampa: 79, Santa Cruz, 20, Tucumán: 112, San Juan: 19. Formosa: 39, Tierra del Fuego:3, Chubut: 46, Neuquén: 57, Río Negro: 75, Entre Ríos: 267, Misiones: 76, Catamarca: 36, Salta: 60, Jujuy: 61, Santiago del Estero: 71, Chaco 68, Corrientes: 66, La Rioja: 18, Mendoza: 18 y Córdoba 428, Total 2180. Dejamos constancia que la Ley de Comunas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no ha entrado a la fecha de este trabajo en vigor.

<sup>20</sup> Artículo 14, inciso 5, Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur. CMC. Disp. 27/04.

<sup>21</sup> Marienhoff, Bielsa, Hutchinson, Cassagne, Dromi, Mairal, Sayagués Laso, etc. Barra, objeta el criterio, pero desde la optica de la vigencia del Dec. Ley 23354/56, art. 55, que fija como regla general la licitación pública.

Es importante señalar que una primera opinión de Bartolomé Fiorini - en ese entonces solitaria - alienta un apasionante estudio sobre este tema desde el abordaje del Derecho económico, pues a mi entender, sin enfrentarse directamente con la mayoría de la doctrina, Fiorini<sup>72</sup> incluye en su *Manual* — posición que luego no repite en su libro sobre licitación pública<sup>25</sup> con Ismael Mata, y se alinea con la lógica que mencionamos de limitar la corrupción<sup>24</sup> — una clave que permite abrir una discusión que se ha soslayado durante estos años. En este sentido entendemos que privilegiaba la influencia y la necesidad de control de la participación estatal en las variables económicas del mercado por sobre la relación corrupción/control/remuneración de los funcionarios.

Sin embargo, fue esta última la que prevaleció hasta nuestros días agregando alambicados sistemas a un procedimiento tan complejo que ha autojustificado y autoregulado su inaplicabilidad<sup>25</sup>. Veamos:

«Esta clase de relaciones entre la administración pública y los particulares proliferó en torma inusitada, y la administración pública en el mercado de mercancías y servicios personales es el mayor consumidor y el cliente más importante»<sup>26</sup>.

Esta aseveración resalta — entre otras justificaciones<sup>27</sup> del mismo autor — la necesidad de determinados procedimientos de selección de la contraparte estatal. Es un reconocimiento a la condición monopsonica del Estado que tiene una importancia mayor, si se la considera en su contexto histórico. Siempre estuvo - aun cuando no se la mencionara reiteradamente - presente esa observación sobre la fuerza del Estado en el mercado y sus consecuencias disvaliosas.

La licitación se ha instituido, día a día, en el procedimiento administrativo por excelencia para evitar esa serie de disvalores entre los que se ha generado la sensación que la corrupción marcha al frente de ellos. Así, las convenciones internacionales sobre transparencia<sup>28</sup>, las leyes de ética pública<sup>29</sup>, y otras por

<sup>22</sup> B. FIORINI, *Manual de Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, La Ley.

<sup>23</sup> B. FIORINI - I. MATA, *Licitación pública. Selección del contratista estatal*, Buenos Aires, 1972, Abeledo Perrot.

<sup>24</sup> Citando del Debate sobre la ley de contrataciones militares en el Senado de la Nación, la intervención de Carlos Pellegrini.

<sup>25</sup> Ver *infra* § 8: Las excepciones en el procedimiento licitatorio.

<sup>26</sup> B. FIORINI, *Manual* cit., 409.

<sup>27</sup> «El sistema concursario, además de su inalterabilidad absoluta y la irresponsabilidad de muchas empresas que concurren a los concursos, provocaba la coalición inevitable y el alejamiento de oferentes correctos derrotados en *trenzcas* delictuosas ... Hay muchos factores que concurren para descalificar el sistema concursario, en especial ante la precaria moral administrativa y la limitada responsabilidad de los agentes encargados de esta clase de actividades. Esto no se superará en forma satisfactoria mientras se abonen sueldos ínfimos y el agente tenga la permanente zozobra sobre su carrera administrativa», B. FIORINI, *Manual de Derecho administrativo*, t. 1, cit., 432.

<sup>28</sup> Ley nacional 24.759, Convención Interamericana. Ley nacional 26.097 Convención de las Naciones Unidas.

<sup>29</sup> En el orden federal la Ley nacional 25.188

el estilo han posicionado el debate en el territorio deseado por los factores más poderosos del poder económico, aislando y haciendo olvidar — a nuestro entender - el objetivo principal de este procedimiento de control: la Incidencia del Estado en la Economía.

Los otros objetivos, accesorios, ya habían sido objeto de sistemas de control desde el derecho indiano. La licitación pública no nace para controlar la corrupción en la libre contratación (a la que - como creemos — estamos retornando), el juicio de residencia se ocupaba de ello. La licitación pública nace, crece y se reproduce en nuestro derecho público para tutelar los derechos de los interesados en captar al *cliente* más importante en los servicios, las obras y los suministros.

La otra referencia cercana a esta posición aparece, también más cerca en el tiempo, con Barra, al «listar» entre los derechos de los administrados el derecho a la participación en el procedimiento de selección y el derecho a resultar adjudicatario por haber presentado la mejor oferta<sup>30</sup>.

Argumentar que la dimensión de este instituto, que como dijimos en algunos casos ha adquirido rango constitucional, es para evitar la corrupción, es minimizar la trascendencia de la injerencia del Estado en el mercado dentro del sistema capitalista en el que vivimos.

La licitación pública debe garantizar la proyección del reparto de los negocios con el Estado entre los distintos actores (oferentes) de ese mercado. La honestidad del funcionario no garantiza el principio de competencia.

A esta altura, se puede acercar otro ejemplo de la obligatoriedad de las licitaciones impuestas en procedimientos especiales para preservar la competitividad y el libre juego del mercado: las contrataciones con financiación de los organismos multilaterales de crédito:

«Principios rectores en materia de selección del contratista: Vimos que entre los objetivos del BIRF (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento) se encuentra el de promover el crecimiento equilibrado y de largo alcance del comercio internacional. Una de las formas de lograrlo es abriendo el mercado de las contrataciones que financia a la comunidad internacional e instando la activa participación de los países miembros en tales contrataciones. Para ello sus políticas y normativas en materia de contrataciones se nutren en ciertas premisas capitales, cuya aplicación garantiza el *fair play*.

Se trata de principios rectores, consideraciones básicas, que convergen en procedimientos transparentes que, a través de una competencia abierta, brindan a todos los licitantes elegibles, tanto de países desarrollados como en desarrollo, la oportunidad de participar, en condiciones de igualdad, por el suministro de bienes y servicios y la ejecución de obras en el marco de un proyecto de inversión financiado por el BIRF»<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> R.C. BARRA, *Contrato de obra pública*, t. 2, Buenos Aires, 1986, Abaco, 442.

<sup>31</sup> D.A. HALPERIN - N.N. SALCEDO, *Contrataciones públicas financiadas por organismos multilaterales de crédito: La licitación pública internacional como procedimiento prevalente*, en *Revista de Derecho Público*, t. 2006/2, Santa Fé, 2006, 61 ss.

La operatividad de las normas internacionales - que no desarrollaremos en este espacio - no está en discusión. Ya sea por la aplicación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados o por la histórica recepción de las obligaciones contractuales, ambos caminos cristalizan el espíritu de estos préstamos: la licitación como procedimiento de garantía de control de la fuerza del Estado en el mercado.

Aún la peor de las corrupciones no daña tanto el sistema como el efecto que produce en las fuerzas del mercado una mala decisión de la Administración al elegir el cocontratante. Estas decisiones negativas pueden ser el resultado de aquellos ilícitos o, simplemente, de la falta de capacitación del funcionario actuante. Ambos casos tienen un mismo caldo de cultivo: las malas remuneraciones. Si antes, la inestabilidad del funcionariado generaba zozobra, hoy la superestabilidad no genera ambiciones ni compromisos con la capacitación y la actualización.

La falta de preparación constante en el saber del administrador es tanto - o más — perjudicial que la corrupción. Los daños emergentes de los ilícitos - por lo menos en teoría — pueden perseguirse con alguna acción para repetir; los causados por la falta de idoneidad de los funcionarios es un mal incurable que se esparce sigilosamente por toda la nave estatal y deteriora inconscientemente nuestro Estado.

Como dice Hutchinson, la corrupción disfruta de grandilocuentes vacaciones y en cambio la incapacidad es *fulltime*/a tiempo completo. Los sistemas de preselección deben priorizar sus objetivos, porque a veces la energía puesta en la lucha contra la corrupción o la optimización de los beneficios contractuales pierde de vista los efectos que produce la participación discrecional del Estado en el mercado.

Decíamos que analizaremos también, el instituto de la Iniciativa Privada, consagrada y reconocida como una ventaja competitiva entre los licitantes, otorgada a aquel cuya idea primigenia aporta un valor agregado a una determinada actividad u obra a realizarse y que obtiene como contraprestación una ventaja, cristalizada en los términos del pliego de bases y condiciones generales y particulares (PBCGP), tanto con su idea / propuesta como con los porcentajes de diferencia en ventaja que obtiene ante otros oferentes. Finalmente, abordaremos el tema de las Asociaciones Público Privadas (APP o PPP).

a) *Los pliegos de bases y condiciones*

Volviendo a la licitación, a partir de aquel día, la calidad, la personería de aquél que decide participar o aceptar la invitación pública de la Administración se ve robustecida. La robustez de estos derechos se relaciona directamente con la adquisición del pliego, pues una vez realizada la compra, el interesado — ya determinado, con un domicilio de contacto — ha dejado el universo de los convocados para transformarse en un comprador de pliego, un oferente en ciernes, que logra desde ese momento obligar al licitante a mantener un contacto directo e individual por el cual se anoticiará de todas las alternativas del procedimiento. Aparecen aquí las

consultas y sus respuestas «generales»<sup>32</sup> comúnmente conocidas como «circulares».

El régimen nacional, consagrado en el Decreto 436/2000" y sus modificaciones, acepta la participación de interesados y «especialistas» en la confección del proyecto de pliego (llamado prepliego) que sube - previo a su aprobación — al sitio web oficial de la Oficina Nacional de Contrataciones. De todas formas estas participaciones, motivadas en el interés empresarial o en una actitud de defensa de los intereses públicos, no genera derecho alguno a estos «colaboradores» virtuales.

Podríamos haber elegido una limitación o estudio de cada eslabón de la cadena de pasos que conforman finalmente el procedimiento licitatorio como una unidad en si misma, pero este ejemplo pedagógicamente muy utilizado, merece una mirada más cercana: el eslabón único sólo sostiene esa calificación en tanto que elemento conformante de la cadena de la cual será parte. Aislado es otra cosa distinta, puede ser un simple aro metálico, una arandela etc. etc., pero por definición, solo es un eslabón en función de su existencia como parte del conjunto.

Y algo así motiva esta opinión: todos los pasos del procedimiento licitatorio conforman una parte del conjunto final, que para el caso será el acto administrativo que ordene el contrato. Pero carecen de vida individual<sup>34</sup>, en tanto que pasos del procedimiento, y la sujeción a las normas que lo rigen no pueden ser valoradas aisladamente, sino caeríamos en soluciones equívocas.

La compra del pliego podría ser vista como un contrato: una de las partes entrega un precio cierto en dinero, y la otra le concede la posibilidad de participar en una selección de potenciales proveedores.

Nada de eso: la Administración tiene la facultad de dejar sin efecto el procedimiento licitatorio en cualquiera de sus pasos - previos a la firma del contrato - sin que ello implique compensación alguna.

Variada doctrina analiza la naturaleza de los pliegos con esa noción de contractualidad, otros lo ven como un acto administrativo particular, general o reglamentario, general no normativo, etc. E incluso hay quienes categorizan como de distinto origen el Pliego General que el Particular. Nos encontramos más cerca de la noción de estar ante un reglamento único (de condiciones particulares y generales):

«Es evidente que en la etapa anterior a la formalización del contrato, los pliegos, todos ellos, insisto, tienen naturaleza normativa, son verdaderos reglamentos administrativos. Como tales, obligan a la administración como a los administrados. Hasta puede afirmarse que rigen indeterminadamente para todos los administrados y no solo para los participantes en el

<sup>32</sup> Realmente no son generales, pues solo se les comunica a aquellos compradores de pliego que denuncian domicilio, y se incorporan para los futuros compradores.

<sup>33</sup> Para el caso ha «sobrevivido» como el reglamento del 10/23/2001.

<sup>34</sup> Obviamente que las IP, como ya dijimos, tienen un procedimiento previo que genera responsabilidades independientes del licitatorio.

procedimiento de selección. Nótese que, frente a una violación en relación con lo establecido en el pliego, el no oferente no podrá efectuar ninguna actividad de impugnación, pues no tiene derecho subjetivo afectado (tampoco un interés legítimo en la terminología tradicional.) pero por ser titular de un interés simple, podrá plantear ante la Administración la llamada «mera denuncia», denunciando, precisamente, la violación del pliego, de la misma manera y con los mismos efectos que si denunciara ante la Administración la violación de una norma (ley o reglamento) sin que pueda invocar que tal violación le ocasiona o le puede ocasionar un perjuicio determinado y concreto»<sup>55</sup>.

En el mismo orden lógico, como toda norma, puede derogarse. Los objetivos del Estado, el bien común como su fin último, eximen de responsabilidad a la Administración que a la hora de ajustar sus metas decide culminar con el procedimiento antes de su perfeccionamiento.

Va de suyo, que no analizamos en estos supuestos ninguna actividad ilegítima o reprochable que implique un control recursivo de la actuación pública y merezca un reproche con compensación vía judicial, ni de derechos obtenidos.

El comprador del pliego merece el respeto a todos los derechos emergentes de ese nuevo rol que adquiere ante la Administración - y sus correspondientes obligaciones -, pero entre ellos no figura ningún tipo de compensación si la licitación se interrumpe por decisión unilateral del licitante.

Inclusive, como lo desarrollaremos en el punto «7. a) El fracaso del procedimiento licitatorio (Detalle)», esos derechos le asisten aún después de haber salido perdidoso<sup>56</sup> del procedimiento. A diferencia del cambio de finalidades públicas, el cambio de las reglas de juego del pliego, reaviva sus derechos.

El fallo Liberman<sup>37</sup>, aunque en una medida cautelar y apenas como la punta de un iceberg, inicia el camino de la responsabilidad precontractual que impulsamos:

«Ello es así toda vez que el demandante entiende que la compensación efectuada por Correo Argentino podría representar el otorgamiento de privilegios y ventajas a esa empresa no previstos al momento del llamado a licitación que - a su entender - podría violar el principio de igualdad que debe regir en las contrataciones administrativas. Esta argumentación, unidamente - a la circunstancia de que, en su oportunidad, el consorcio cuya mayoría accionaria representa el actor (fs. 73/75) resultó precalificado-junto con Itron, S.A., Sideco Americana, S.A. y Banco de Galicia Buenos Aires, por un lado, y Compañía de Inversiones en Telecomunicaciones, S.A. y Caja de Ahorro y Seguro, S.A., por el otro - en la licitación pública nacional e internacional para la concesión de los servicios postales, monetarios y de

<sup>55</sup> R.C. BARRA, *Contrato de obra pública* cit., 485.

<sup>56</sup> En un procedimiento común, en la IP, ver *supra*.

<sup>37</sup> CNCont.-Adm. Fed., Sala IV, 20/03/2001, «Liberman, Samuel, Incidente Med. 11 c. PEN, Secretaría de Comunicaciones s/medida cautelar (autónoma)».

telegrafía que hasta entonces prestaba ENCOTESA (fs. 77/85), siendo finalmente perdedora por no poder mejorar la oferta hecha por el consorcio encabezado por Itron, S.A. (confr. fs. 69/72), llevan a considerar razonable en principio - que el actor pretenda intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas con ese objeto, para poder - eventualmente - alegar cuanto estime conveniente para la defensa de su derecho».

De no mediar estos exabruptos - como sucede demasiado a menudo - es cierto que, en llamados de alta importancia económica, y en los que el precio del pliego está «atado» al valor de la obra o servicio<sup>38</sup>, debería estudiarse alguna solución reglamentaria para compensar el gasto al frustrado oferente, en los casos en que la decisión discrecional y unilateral del Estado deja, justificadamente, sin efecto el procedimiento. De todas formas ningún aliciente debe producir un efecto tal que genere la desaparición del principio de la validez de las cláusulas exorbitantes de los contratos administrativos. En mérito a esta opinión nos permitimos disentir con Gordillo cuando sostiene:

«Un ejemplo son las normas por las que el licitante se autoconfiere el derecho a dejar sin efecto la licitación y no adjudicar a nadie, sin dar para ello razón o fundamento alguno, ni tener los oferentes derecho siquiera al resarcimiento de los gastos incurridos, ni aún a la devolución del precio abonado por el pliego. Normas de este tipo son tan claramente arbitrarias e inconstitucionales que no se puede entender como la jurisprudencia no las ha anulado hasta ahora y las aplica bajo el manto del voluntario sometimiento del oferente y el posterior *pacta sunt servanda*, según el caso. En otras materias se han producido cambios que objetivamente deberían hacerse extensivos a la licitación» - Con referencia al Fallo «Video Club Dreams» de la CSJ<sup>39</sup>.

En este sentido, nos hemos expresado sosteniendo que el riesgo y costo empresario de la presentación de la oferta en algunas licitaciones es excesivamente gravoso para dejarlo librado a la discrecionalidad administrativa, pero no coincidimos en que el camino sea el de limitar esa posibilidad (la de dejar sin efecto la licitación pública), sino por el contrario, proponemos tarifar esa responsabilidad, por ejemplo repitiendo el doble del valor del pliego (obviamente de aquellos cuyo valor se relaciona con el objeto del procedimiento y no con los precios — valor papel - que fija el D. 1023/01) asimilando analógicamente la figura a la de la señal contractual, pero nunca limitando esa facultad de la administración. Si bien es real que la pérdida del valor del pliego, en el caso analizado, es inadmisibles, la solución no se puede seguir por el camino del fallo «Video Club Dreams»<sup>40</sup>, pues los

<sup>38</sup> El sistema nacional, ha fijado del precio del pliego en su valor papel. Las demás administraciones públicas argentinas mantienen el valor relacionado a un porcentaje del objeto.

<sup>39</sup> A. GORDILLO, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. 1, Buenos Aires, 1995<sup>3</sup>, Macchi, XI 4.5.

<sup>40</sup> Ver en extenso en T. HUTCHINSON, *Colección de análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, 2003, La Ley, 111 ss.

propios actos que se le 'perdonan' a la actora difieren de la naturaleza voluntaria de la compra de pliegos y participación en el procedimiento licitatorio, y especialmente la actividad gravada en esa ocasión era la única del Video Club Dreams; por el contrario cada licitación es para el oferente solo una de las posibles acciones que puede desarrollar dentro de su objeto comercial.

Actualmente, y nos parece una respuesta adecuada en asuntos de menor cuantía, varias administraciones municipales «acreditan» el valor de los pliegos de procedimientos caídos (en especial en Licitaciones Privadas) por decisión estatal a futuras presentaciones de los oferentes que operan con habitualidad - y en su mayoría reportan en los Registros de proveedores del Estado.

Otro eslabón importante, por la similitud de prestarse a la confusión al abordarse como un contrato (o dos, si contemplamos la relación privada entre el garante y el oferente) es la garantía de oferta. Una vez pasado el acto de presentación de las propuestas, en toda la legislación, aparece este instituto defendido con la sanción automática de la pérdida de los derechos afianzados ante determinadas faltas en la participación del particular, fíenos conocido decisiones de toda índole en la Administración, algunas (también hemos opinado en algunos casos en este sentido) que flexibilizan las duras exigencias de los pliegos para garantizar una mayor amplitud de competencia en busca de mejores precios y calidades de las ofertas, pero ni la Administración más informal tolera la falta de esta garantía.

b) *Garantía de las ofertas*

La garantía de mantenimiento de oferta, tal su real nombre y objeto. Es la protección de la Administración para evitar ofertas hostiles, clubes de oferentes o acuerdos de precios que impidan el normal y transparente desarrollo del procedimiento licitatorio y la compulsa de propuestas que hagan a la posibilidad de seleccionar la más conveniente. Además de protegerse de las demoras ocasionales que lleva el procedimiento.

En muchas ocasiones, los montos elevados de las ofertas no se condicen con los precios testigos pues están en la búsqueda de lograr que se declaren desiertas las licitaciones para obtener una mejoría importante en las ganancias empresarias. En otros casos, las ofertas muy económicas acarrear graves riesgos de incumplimiento, y de ser preadjudicadas, impedirían seleccionar a otro oferente con mayor idoneidad que el único recurso del precio menor — que como todos sabemos es importante pero no determinante.

Por estos supuestos, el legislador ha determinado un monto de garantía de mantenimiento de la oferta, para proteger al Estado de la eventualidad de fracaso de la licitación — con la pérdida de recursos que esto implica — por culpa atribuible a algunos de los actores particulares del procedimiento.

Es obvio, que la garantía se estipula sobre un porcentaje del precio testigo o presupuesto oficial, pues se busca mantener en secreto las ofertas

hasta el momento de la apertura de sobres, evitando así la competencia desleal o el espionaje empresarial.

Y es más obvio todavía, que una vez abiertos los sobres, es más respetuoso del espíritu legislativo el oferente que esfuerza su trabajo y reduce sus expectativas de utilidades proponiendo un precio menor que el valor testigo, en una oferta cuya garantía — desde ese entonces - automáticamente supera el porcentaje exigido por la legislación y la reglamentación vigente. Por el contrario, solo se sostiene en los pasos previos a la preadjudicación una garantía de oferta menor por menor valor que el ofrecido en respeto al secreto de las propuestas reglamentado para la fase previa a su presentación. De todas formas, todos los supuestos confluirán en el valor real a la hora de la garantía contractual.

Adunando lo expuesto, la Procuración del Tesoro de la Nación ya se ha expedido en relación a los ritualismos excesivos «Los pliegos deben ser entendidos de modo tal que, frente a la alternativa que excluya al oferente de aquella que permita su participación en la selección, ante cualquier duda, debe prevalecer la admisión de la oferta, en tanto de esta manera se favorece la concurrencia»<sup>41</sup>, como dijimos se debe buscar más competencia que implica más transparencia, pero la garantía es ineludible entre las obligaciones de los participantes:

«Es un principio 'connatural', podríamos decir, a los contratos administrativos que juntamente con la propuesta el oferente acompañe una garantía de mantenimiento de oferta. Hemos dicho que esa garantía asegura al licitante que el oferente no se va a arrepentir de su oferta antes del cumplimiento de determinado plazo»<sup>42</sup>.

En resumen la naturaleza de este instituto orienta a estas ideas previas a la fase contractual:

«La garantía precontractual es 'provisoria', habiéndose dicho, desde este punto de vista, por la jurisprudencia: «Es decir, que se trata de una garantía provisoria y al sólo objeto de avalar el plazo de mantenimiento que prevén los pliegos de condiciones. En caso de duda, siempre hay que estar a favor de la validez de los actos, esencialmente de las ofertas y de las garantías de cumplimiento..»<sup>43</sup>.

Como mucho se ha escrito sobre todos los pasos o 'eslabones' siguientes en las licitaciones no abundaremos en esos temas. La cuestión de la relación emergente de la adquisición del pliego, la discrecionalidad de la

<sup>41</sup> Dictámenes PTN: 188-001, acápite III, así como aparece en J.R. COMADIRA, *La licitación pública*, Buenos Aires, 2000, Depalma, 54. En igual sentido Dromi sostiene que la garantía se ata al precio, sin indicar a cual se hace referencia (R. DROMI, en AA.VV., *Reforma del Estado y privatizaciones*, vol. 2, Ciudad Argentina, 316) y luego comenta la ley colombiana, en cuyo texto las garantías se aplican sobre «valor de las propuestas o del presupuesto oficial estimado...» (R. DROMI, *Licitación pública*, Buenos Aires, 1999<sup>2</sup>, Ciudad Argentina, 530).

<sup>42</sup> I. FARRANDO, *La buena fe como principio de la contratación administrativa*, en J.A., t. 2007/1, Buenos Aires, 23 s.

<sup>43</sup> I. FARRANDO, *La buena fe como principio de la contratación administrativa* cit.

Administración para fulminar el procedimiento o las cuestiones subyacentes de las garantías precontractuales corresponden sin dudas a este trabajo. Igualmente, aún cuando dijimos que la naturaleza reglamentaria del actuar legítimo de la Administración no se podrá clasificar como responsabilidad precontractual, presentaremos algunas observaciones a los dos institutos que no se aferran íntegramente al procedimiento licitatorio convencional, y hemos numerado como temas principales pues lo utilizan supletoriamente a partir de los rasgos propios que los independizan.

#### 6. *Iniciativas privadas para obras públicas*<sup>44</sup>

Hace tiempo que la legislación ha incorporado la posibilidad de admitir que una persona o empresa privada se presente ante la Administración aportando una idea novedosa, o una propuesta que genere importantes ahorros en los métodos, tareas o elementos utilizados.

El disparador (de la responsabilidad precontractual) no aparece ante la sola presentación de la iniciativa, ni tampoco emerge de la actitud seguida por la Administración hasta el acto expreso de exteriorización de su voluntad: este período de la actividad se rige por las normas comunes del procedimiento administrativo, los plazos, reclamos, moras, silencios, etc. se encuentran dentro de la responsabilidad del Estado por su accionar legítimo (o eventualmente extracontractual si fuere un acto ilegítimo).

Pero desde el momento en que la Administración ha hecho suya la propuesta<sup>45</sup>, deberá proteger y garantizar las ventajas que contará el emprendedor durante el procedimiento, y especialmente a la hora del análisis de las ofertas, que generalmente lo «premián» con diferencias a favor en los puntajes y precios meritables. En idéntico sentido, y conforme a la lógica que intentamos imprimir, tampoco quedarán dudas sobre la naturaleza precontractual del derecho que le asistirá al emprendedor en caso de verse superado en la licitación, pues sobrevendrá a esta la obligación estatal de afrontar el pago por los derechos *autorales* de la iniciativa.

El decreto vigente que rige la Iniciativa Privada, destaca como objeto de la misma a las infraestructuras, las obras públicas, y a las concesiones de obras y servicios, con una amplitud de modalidades contractuales que incluyen las licencias. En el caso de las concesiones, se intenta la búsqueda de la financiación sin recurrir a los fondos del Tesoro Nacional. Aún que en estos tiempos, el superávit fiscal ha empujado las escasas experiencias a ese recurso. Como se puede observar, el sistema aparece como un paso previo - la propuesta del emprendedor — a la aplicación *in totum* del procedimiento licitatorio, su especial articulado reglamenta las ventajas que se le reservan al

<sup>44</sup> Régimen Nacional de la Iniciativa Privada Decr. 966-05, la Provincia de Buenos Aires adhirió por LP 13.810. La Ciudad de Buenos Aires por Ley 2.635.

<sup>45</sup> Cuando antes sostuvimos la posibilidad que la responsabilidad precontractual opere desde el inicio del expediente, es en referencia al efecto retroactivo de la decisión para proteger la autoría y el compromiso del iniciador.

emprendedor ante los demás interesados, integrando y, a la vez, manteniendo la regla general procedimental. Así, no se puede excepcionar el reglamento, y solo se lo puede aplicar integralmente.

## 7. *Asociaciones público privadas*

### A. *Pequeña expresión de deseos*

Es posible que tenga un alto grado de razonabilidad la noción de incorporar entre las variables para la selección de una Asociación Público Privada (PPP, por: participación público privada en España o parcerías público privadas en Brasil o *Public-Private Partnerships* en Inglaterra<sup>46</sup>) el 'afecto *societatis*' del derecho comercial<sup>47</sup>, en el orden inverso que a alguna de las grandes empresas privadas - o empresas públicas de gestión privada<sup>48</sup> - prestadoras de servicios públicos se les obligó en los contratos de concesión a regir sus suministros y adquisiciones importantes por las normas del procedimiento licitatorio<sup>49</sup>.

Esta diferencia es quizás la más importante - en el derecho comparado - para adentrarse en el terreno de aceptar una notoria distanciamiento entre las APP de otros métodos de incorporación de capital privado a actividades de interés estratégico para los estados.

En nuestro país cronológicamente, las Empresa Públicas, dejaron rápido paso a las Sociedades del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, para luego utilizar las formas jurídicas societarias con todas sus alternativas (mayorías o minorías en los paquetes accionarios, órganos de control, acción de oro, miembro del directorio con derecho a veto, etc.) como cristalización de la participación estatal.

También es necesario recordar que se ha echado mano en reiteradas oportunidades a las herramientas societarias que permite utilizar el derecho privado para dotarlas de la agilidad necesaria para luchar<sup>50</sup> en el mercado cuando su objeto era industrial o comercial o, a veces, con la criticada finalidad de eximir las del control público sin ninguna intención de incorporar capital privado.

Aún con la nueva reglamentación y nuevos fines y objetos, con las APP solo aparece una nueva denominación para una relación que no se aparta lo suficiente de las instituciones vigentes ni crea ninguna nueva forma societaria.

<sup>46</sup> D. SÍ IINOIARA - J. FERREIRA SAVOIA, *Parcerías Público Privadas no Brasil*, Barueri, 2008, Editoria Manóle, 12.

<sup>47</sup> I. HALPERIN, *Sociedades comerciales*, Buenos Aires, 1964, Ediciones Depalma, 46: «Nuestra jurisprudencia, salvo alguna decisión aislada, ha considerado que la *affectio societatis* es un requisito de la existencia de la sociedad, quizá el elemento que mejor la caracteriza».

<sup>48</sup> R. DROMI, *Empresa públicas* cit.

<sup>49</sup> Ver .rapra nt. 16.

<sup>50</sup> Esta lucha puede tener fines comerciales o en otros casos de generar precios de referencia como un método heterodoxo de intervención administrativa.

El proceso de reestatización<sup>51</sup> manteniendo la estructura societaria de derecho privado nos lleva a pensar que el control de las prestaciones brindadas en la forma de esos monopolios públicos parecería disuelto de la función asignada a los entes reguladores competentes destinándolos a la desaparición<sup>52</sup>, salvo que se los mantenga pensando en nuevas privatizaciones, mediante licitación o a través del mercado bursátil, o ante la reformulación de las competencias de jurisdicción administrativa, que justificarían la supervivencia del regulador como asistente técnico de la Administración central o como efectivo controlador de la Administración activa. Va de suyo que esta última transformación necesita de una profunda reforma legal y constitucional, si no se pretende reincidir en las fórmulas de recursos directos ante los órganos judiciales de alzada<sup>53</sup>, congestionando el sistema judicial con las inconstitucionalidades impetradas<sup>54</sup> sostenidas desde «Fernández Arias c/ Poggio»<sup>55</sup> y constitucionalizadas en la Reforma de 1994.

Volviendo, entonces, a la posibilidad de crear una alianza público-privada de distintas características a las conocidas hasta ahora corresponde analizar si esa flexibilización o mayor discrecionalidad en poder del Estado a la hora de seleccionar su aliado se transforma en un nuevo sistema o si se debe continuar con la lógica de las concesiones, en la que prevalece el análisis del objeto contractual y su remisión obligada a los principios de la licitación pública<sup>56</sup>. En cambio, la otra alternativa nos deja en el marco de la cuestión de la responsabilidad precontractual del Estado, abordada desde una óptica más alejada de esos controles y más enrolada en un ámbito de discrecionalidad para elegir al sujeto contraparte de la APP.

Damos por sentado que todas las hipótesis que generan como conclusión la creación de un nuevo instituto (APP) conducen a pensar en una asociación que pone en manos privadas la conducción de un proyecto público de interés estratégico para un Estado que ve agotadas sus posibilidades de implementar políticas públicas con empresas propias ineficientes, enormes déficits, subsidios cruzados, acciones de oro, controles internos deficientes, etc.

Es que cualquiera de las modalidades reseñadas y experimentadas en la historia reciente como formas societarias hubieran servido de instrumento

<sup>51</sup> Como Aerolíneas Argentinas, o las Empresas Nacional y de la Provincia de Buenos Aires de aguas y saneamientos: AYSA y ABSA, respectivamente.

<sup>52</sup> A. BIGLIERI, *La regulación después de la intervención* en [www.dereitodoestado.com.br/ASIER2008](http://www.dereitodoestado.com.br/ASIER2008).

<sup>53</sup> Como por ejemplo los que se deducen ante el regulador del Gas: ENARGAS.

<sup>54</sup> Si el recurso interpuesto ante cualquier estrado judicial no permite una instancia amplia de discusión del derecho y de la prueba, se reduce a una decisión administrativa sin control judicial, pues - como ocurre en la Ley de Educación Superior con los recursos contra las decisiones finales y definitivas de las Universidades Nacionales — el órgano judicial controlador de la legalidad no necesariamente garantiza la protección del derecho constitucional de defensa en juicio.

<sup>55</sup> Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1960 en el que se consagraba el derecho a un control judicial suficiente y efectivo.

<sup>56</sup> En otros trabajos debería estudiarse cual sería la responsabilidad de los reguladores ante el nuevo marco de actividades mixtas.

para canalizar una actitud de un Estado gestor con socios capitalistas. Hasta el sistema de las concesiones directamente subsidiadas acunó una dirección e inversión privada de una actividad no rentable. Tampoco parece que esas herramientas y la presencia 'testimonial' de la Administración - como fuera otrora sostener o bajar precios, mantener la competencia o garantizar la calidad - se vean asegurados ni alcancen para implementar las nuevas finalidades públicas paridas después de la innecesariamente venerada globalización total y ante la más coherente organización internacional con bloques de integración regionales.

Si el objeto de la alianza es un servicio público, será indispensable invertir el test de pertenencia a sus caracteres como lo venía desarrollando la doctrina: ahora el principio de subsidiariedad, demostrando la necesidad de la actividad estatal de fomento será el primer paso para iniciar el procedimiento de una alianza público-privada, luego es posible que alguna de las realizaciones de estas APP respondan a cada uno de los tipos de prestaciones encerradas por los demás caracteres y entonces les reconozcamos como una acción esencial, con todo lo que ello implica. Pero lo más probable es que, al menos en un principio, el acto con el que se plasme la comunión de las voluntades de las partes conlleve un esfuerzo en el método y expresión de la decisión pública al elegir su socio. Esta fuerte discrecionalidad - que igualmente propugnamos, ante la inexistencia de emprendimiento alguno en el marco actual - exige un desarrollo exhaustivo de la expresión, enumeración y evaluación de las causas y motivaciones (en este caso: los antecedentes empresariales, el objeto contractual y el por qué de la elección). Claro está, nada fácil es la incorporación de un instituto típico del derecho comercial al derecho público, en tiempos de tanta corrupción, que tiñe de dudas todas las decisiones.

Como hemos explicado incansablemente en clases: a más reglamentación, menos esfuerzo en la exteriorización de la motivación de la voluntad, pero: a menos reglamentos más esfuerzo y mayor expresión de la motivación que funda la decisión.

Obviamente, este juego pedagógico: la posibilidad de reconocer en potestad del EstadoKy en estos casos: en sus funcionarios) la elección de un socio como en el derecho privado, implica ese altísimo grado de discrecionalidad que propusimos, y por ende un importante nexo entre la decisión adoptada y la responsabilidad precontractual que no puede excusarse argumentando las viejas teorías de los actos políticos no judiciales y debe observar, a pié juntillas, las normas de ética pública enumeradas a lo largo de este trabajo.

#### B. *La normativa vigente*

Lamentablemente, o no, el decreto que instala el sistema en la Argentina, no ha sido utilizado - hasta ahora - en ningún proyecto, pues contiene unas pautas que lo llevan a inaplicarse en un mercado ávido de recursos privados que temen por la inseguridad jurídica que estas herramientas contienen. Los considerandos del decreto vigente mencionan experiencias similares de

países con ordenamientos jurídicos muy diversos — EEUU, Alemania, Irlanda o el Reino Unido - y señalan como objeto la Infraestructura y los servicios. Luego la parte resolutive, prevé su utilización para Obras Públicas, Servicios u otras actividades delegables<sup>57</sup>, y circunscribe la iniciativa al impulso de las autoridades públicas<sup>58</sup>.

No obstante las aristas positivas que señaláramos en el sumario inicial<sup>59</sup>, la remisión a la normativa de los sistemas de selección del contratante (D. 1023/2001) dejan una inmensa laguna a la luz de los «atajos» que ya mencionamos en la evolución histórica de las alocuciones de 'contratación directa natural' o 'artificial'. Es que, a diferencia de la Iniciativa Privada, este decreto no contempla expresamente la concurrencia — que sostuvimos consagrada constitucionalmente -, pues puede recorrerse el sistema licitatorio concluyéndolo en forma anormal: con una contratación directa artificial. Por ello, aclaramos, antes de pasar a detallar las excepciones al procedimiento, que hemos preferido primero analizar unas personales ideas sobre *el deber ser* de este instituto, y concluir estas líneas con la actual normativa, que *aún no ha sido* practicada.

#### 8. *Las excepciones al procedimiento licitatorio*

Podríamos sostener que la abundancia de las situaciones en las que el procedimiento licitatorio queda excepcionado elimina los supuestos de responsabilidad precontractual del estado. Obviamente los 'atajos' al sistema inhiben una discusión previa, pues se encaraman directamente a una relación contractual, al menos entre ambas partes del convenio.

Pero (siempre hay un pero) debemos revisar las circunstancias que permitieron 'saltar' el procedimiento para garantizar que la legítima decisión de la Administración haya sido tomada sin afectar derechos de terceros ni desbaratando el juego de la competencia del mercado.

Además, pues lo retomaremos más adelante separado, solo enunciamos en este análisis previo, las situaciones desarrolladas alrededor del complejo sistema de licitaciones desiertas o fracasadas.

En general se puede englobar los innumerables casos de excepciones al procedimiento licitatorio<sup>60</sup> en seis grandes grupos de vías excepcionales de «salteo» al sistema: 1) único oferente; 2) emergencia / urgencia; 3) ofertas frustradas; 4) el *ius v a r i a n d i*; 5) las compras secretas, y 6) oferente estatal. No incluimos por separado en estas variables, la situación de las cooperativas, en el interior de la Provincia de

<sup>57</sup> R.C. BARRA, *Tratado de Derecho administrativo*, t. 3, Buenos Aires, 2006, Abaco, 688 s.

<sup>58</sup> En otra tensión constitucional, esta vez con el principio de libre petición ante las autoridades: art. 14 de la CN.

<sup>59</sup> El respeto al derecho público local, en las invitaciones a las Provincias y a la Ciudad de Buenos Aires y el intento de cumplir con los compromisos de la Integración, ver nt. 21.

<sup>60</sup> Ante la imposibilidad material de abarcar las cerca de tres mil normas comentadas al principio del trabajo, utilizaré el marco de la legislación para las municipalidades de la Provincia de Buenos Aires.

Buenos Aires<sup>61</sup>, ni la novedosa irrupción del poder Judicial, que en algunos casos - como en CSJ Fallo Mendoza<sup>62</sup> — haciendo gala del proactivismo judicial<sup>63</sup> ha ordenado tareas y obras en plazos de imposible cumplimiento en el marco de las normas de este procedimiento, lo que obviamente excluye de responsabilidad precontractual a la administración ejecutiva por la inaplicación del sistema de selección.

#### A. *Único oferente*

Es esta excepción uno de los sostenes básicos de salteo al procedimiento legal. En las grandes contrataciones se ejemplifica esta institución ante la aparición de monopolios naturales (por ejemplo la provisión de agua pesada o uranio enriquecido etc.). Es innecesario, analizada la cuestión como gasto, realizar el proceso licitatorio cuando de antemano, transparentemente, se conoce el resultado de la oferta; esto es: solo puede ganar quien es el único productor del bien a adquirir. No obstante esta determinación previa, la excepción aquí estudiada — como cualquiera de las otras — no debe ser utilizada, ni tolerada, como presión sobre el precio del objeto requerido, que debe mantenerse dentro de los límites fijados por el precio de mercado. Aún así, esta solución — el contrato directo — no debe perder de vista la economía procedimental que debe imperar en la gestión pública y que, a veces, supera al derecho: una licitación pública cuesta cara (horas hombre, papel, avisos publicitarios, evaluación profesional de las ofertas, etc.), y ponerla en funcionamiento es una decisión reglamentaria pero que no debe apartarse de la *razonabilidad* indispensable en el accionar administrativo. En el ámbito municipal<sup>64</sup> (también con mucha frecuencia en el provincial) esta figura aparece íntimamente vinculada a la constante modificación de los organigramas de estructuras de la Administración pública cuya situación obliga en muchos casos a constantes mudanzas de organismos (o localización por creación, o ampliación por incorporación de personal etc.) que solicitan determinadas especificaciones edilicias (metros cubiertos, estacionamiento, baños para público y personal, servicios domiciliarios) en localizaciones determinadas (perímetro céntrico, transporte, seguridad etc.). Este grupo se ve generalmente incrementado en su importancia al aparecer múltiples situaciones relacionadas con las características o antecedentes personales de los prestadores de servicios o realizadores de obras — especialmente nos referimos a las artísticas.

#### B. *ha emergencia.*

Sin demasiado análisis, pues se puede consultar en cualquier publicación de la especialidad, además de sus apariciones específicas (como en la Ley

<sup>61</sup> Que desarrollé ampliamente en nuestros AA.VV., *Estudios de Derecho municipal*, Buenos Aires, 2010, Ediciones Jurídicas, 180-189.

<sup>62</sup> Sobre el saneamiento de la cuenca del Río Matanza-Riachuelo.

<sup>63</sup> Que obviamente, no comparto.

<sup>64</sup> Ley orgánica de las municipalidades de Buenos Aires, art. 156, incs. 1,2, 3,4,7, 8, 10 y 11.

6021 de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires), hemos unificado el título de este punto incluyendo la mención de la urgencia, noción recogida por las normas más modernas de derecho administrativo, y que identifica más claramente la reacción del sistema ante una necesidad que aparece (emerge) y a veces permanece en el tiempo, contra otro tipo de necesidades que necesitan inmediato tratamiento (urgen). De todas formas, esta excepción, tantas veces cuestionada, es uno de los denominadores comunes de todas las excepciones que reciben éste, y cualquier otro procedimiento administrativo. Cuando hay que actuar ante imprevistos, los tiempos de los procedimientos transforman en estériles las respuestas rápidas, y por ello, más allá de la dimensión de la contratación, esta se puede realizar directamente.

### C. *Las ofertas frustradas*

La inclusión dentro del *item* «excepciones» obedece a una lógica pedagógica, aún cuando el sólo hecho de reconocer la caída del procedimiento implica su anterior existencia.

En este conjunto, a veces llamado ofertas desiertas o inadmisibles, se incluyen al menos dos grandes grupos: a) la licitación desierta propiamente dicha: aquella que no ha recibido ninguna propuesta, b) aquella en la que la presentación de los oferentes no es conveniente para la Administración y entonces deriva en otras dos posibilidades: b.1) Inadmisibles por las condiciones del oferente, y b.2) Inadmisibles por montos ostensiblemente superiores a los precios testigos, de mercado o fijados por el Estado.

En la mayoría de las legislaciones vigentes estas situaciones derivan en algún sistema de menor rigor selectivo (*v.g.* licitación privada o contratación directa), Pero sostenemos que es inadmisibles esa conducta en el caso de rechazos por montos elevados, pues este supuesto debería instalar la necesidad de una nueva convocatoria abierta, toda vez que muchos interesados pueden haber omitido su participación si los precios testigos o presupuestos oficiales no alcanzaban a cubrir sus expectativas o costos, y una hipotética adjudicación (o contratación directa) a valores superiores a los indicadores desbaratarían los principios básicos de la licitación pública.

### D. *El 'ms variandi*

Más que una excepción, nos encontramos ante una de las críticas más severas que recibe el régimen de contrataciones del Estado: la posibilidad de movilidad del objeto contractual en pos de la permanente actualización de los fines públicos del Estado, consagrada legalmente<sup>65</sup> en un 20 por ciento de factibilidad de ajuste de los compromisos de las partes, es aceptada como otro salteo - cuando del monto presupuestado una quinta parte obligaría a licitar — tolerable en mérito a la economía estatal o, de otro punto de vista, encubridor de beneficios extras al contratista inicial.

<sup>65</sup> En la mayoría de las normas.

### E. *Las compras secretas*

Sucintamente es menester indicar que esta situación ha decrecido considerablemente en su incidencia en la Argentina, especialmente después de la derrota en las Malvinas. No obstante ello, el cambio de las hipótesis de conflicto militares por otras supuestos de seguridad nacional (narcotráfico, lavado de dinero, etc) y la creciente informatización de todos los medios de almacenaje de datos, obligan a realizar algunas contrataciones secretas en las que no se puede publicar, por ejemplo, la cantidad de dígitos que se quiere establecer para acceder a un archivo reservado en el Banco Central.

### F. *El oferente estatal*

Claramente descrito en este tipo de normas, orienta a reconocer en otro ente estatal los principios de especialidad (como resultado de la atribución de competencia material), mejor precio (el estado no persigue fines de lucro), garantía del cumplimiento del contrato (la competencia en razón de tiempo es permanente), que entre otros desembocarían en la *oferta más conveniente*. Hemos sostenido<sup>66</sup> que el espíritu normativo del artículo 232 de la Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, referido a las cooperativas que conjugan la figura de prestador de un determinado servicio y tomador del mismo (a través de sus socios)<sup>67</sup> con la de oferente «pretendiente» del servicio público municipalizado pudiendo excepcionarse del procedimiento al convertirse, finalmente, en autogestivos del servicio que consumen<sup>68</sup>.

Es necesario resaltar la gran cantidad de adquisiciones interadministrativas que se realizan en el país, especialmente desde las Municipalidades a la Provincia y Nación, como con Bancos Oficiales, Vialidades, Boletín Oficial, Medios de Comunicación, Transporte, Energías, Agua etc. Dos líneas aparte para la acción de «Asistencia Técnica» o profesional y científica de las Universidades Nacionales que aún cubiertas en las normas analizadas, tienen cláusulas propias que consagran - insistimos, sin necesidad - unívocamente la excepción como la Ley 1 f.275 de la Provincia de Buenos Aires.

Es tal la cantidad de excepciones que operativamente gravitan en las contrataciones públicas, que oportunamente sostuvimos:

«La normativa inherente al proceso de adquisición de bienes y servicios en el orden comunal bonaerense, está fuertemente impregnado de métodos de excepción, cuya reiteración y habitualidad los transforman en verdaderas reglas. Aconsejamos así la lectura inversa de la LOM en las cuestiones de

<sup>66</sup> A. BGLIERI, *Estudios de Derecho municipal* cit.

<sup>67</sup> R. BLELSA, *Principios del régimen municipal*, Buenos Aires, 1962<sup>3</sup>, Editorial Abeledo Perrot, 306 s.

<sup>68</sup> El liberalismo clásico denominaba «precio público» a aquella tarifa que se pagaba al estado municipal, «sin necesidad», por ej.: la recolección de residuos cuando en pequeños conglomerados no aparecía esa necesidad de accionar de la administración, pues la labor era realizada por colaboración vecinal.

procedimientos licitatorios: Primero las EXCEPCIONES, luego las REGLAS. Porque toda regla tiene su excepción, excepto esta»<sup>69</sup>.

### G. *El fracaso del procedimiento licitatorio (detalle)*

La legislación pública gusta de englobar bajo la denominación de 'licitación fracasada' muy diversas situaciones aplicándoles el mismo remedio: una habilitación a la Administración para contratar en forma directa.

Lo preocupante para este estudio es que en ese conjunto se han incorporado opciones de naturaleza distinta.

No es igual que una licitación se declare fracasada por falta de oferentes - a este caso se lo llama usualmente 'licitación desierta' - que la presencia de oferentes no reúna las condiciones exigidas por el pliego; o que las ofertas se encuentren fuera de los parámetros de los precios testigos o presupuestos oficiales.

Los primeros supuestos no ofrecen gran complejidad: si nadie se presenta nadie se encuentra con un interés expresado para disparar un control judicial sobre la «sanción» de contratar directamente. Si los oferentes no reúnen los requisitos y condiciones empresariales, impositivas, de antecedentes y experiencia en la actividad, o los objetos de sus ofertas difieren de la pretensión estatal, la declaración de 'licitación fracasada' no aparece como muy discutible.

El problema lo señalamos ante el tercer supuesto: cuando los oferentes se presentan con propuestas económicamente fuera de los límites de la tolerancia administrativa<sup>70</sup>, entendida este como unos de los Principios Generales del Derecho administrativo<sup>71</sup> especialmente aplicable a la dinámica contractual. Aquí no coincidimos en la habilitación para contratar directamente, y por lo tanto creemos que este caso no puede ubicarse en ese conjunto de supuestos. La contratación directa solo sería viable por valores como los indicados en el precio oficial del procedimiento licitatorio, un contrato realizado por fuera de esos términos erigiría a los oferentes desplazados y a aquellos que habiendo presupuestado sus márgenes de precios no se presentaron por inconveniencia empresarial en potenciales legitimados<sup>72</sup> contra una administración que utilice el remedio mencionado para elegir sin sistemas de preselección al cocontratante.

Siguiendo esta lógica y nuestro criterio, se ha pronunciado oportunamente la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires en reiteradas oportunidades, como por ejemplo en su Dictamen PG N° 58.275/07, en

<sup>69</sup> A. BIGLIERI, *La licitación pública en el ámbito municipal bonaerense: La excepcionalidad como regla (Exégesis de los arts. 151, 152, 155, 156 y 232 de la Ley orgánica de las municipalidades de la provincia de Buenos Aires)*, en *Revista de Derecho Público*, t. 2006-1, 157 ss.

<sup>70</sup> En la Argentina la Ley Nacional de Obras Públicas consagra el principio del *Ius Variandi* en un 20%, y es utilizado analógicamente en casos como el de la referencia.

<sup>71</sup> Si bien no está «listado» en la obra de Cassagne citada en la nt. 15, el autor señala que la ejemplificación de los Principios es solamente enunciativa.

<sup>72</sup> Una situación similar a la reseñada con el Fallo «Liberman».

mérito a la necesidad de proceder a un nuevo llamado ante esas ofertas hostiles y dejar abierta la posibilidad de compensación que esgrimimos en el punto IV. 1.A.

«No obstante ello, toda vez que la elaboración de los Pliegos de Bases y Condiciones representan para la Administración un gasto extraordinario que debe ser solventado y compartido con los oferentes (Joaquín TORNOS MÁS, *De las actuaciones relativas a la Contratación*, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Rafael GÓMEZ PERRER MORANT (Director), 2004, Ed. Thomson Civitas, 288), y que el valor de tales Pliegos produce un efecto de selección previa que es necesario fomentar (BIGLIERI, Alberto, *La licitación pública* cit. 159), sugiero que se suprima del presente proyecto de Decreto su correspondiente art. 3º<sup>is</sup>.

«Por otra parte, y en defensa de lo antes expuesto, no puede perderse de vista que la conducta de los oferentes ha desencadenado y sido causal directa de la medida adoptada por la Administración en cuanto a la revocación del llamado a licitación, ya que ellos han cotizado muy por encima del presupuesto oficial, lo que legitima aún más su obligación de pagar en el futuro los nuevos Pliegos que se elaboren a tal efecto, y deja a salvo otros supuestos en los que las situaciones que llevan a dejar sin efecto la licitación son de exclusivo resorte y responsabilidad de la Administración. En estos casos, sí correspondería aplicar alguna mecánica de devolución del importe del valor del Pliego, tal como la que se establece en el mencionado art. 3º.

### 9. Conclusión

Para estos casos, como seguramente se encontrará en muchos otros, creemos necesario conformar una nueva lógica para responder ante situaciones que no se alinean claramente en los típicos estudios de responsabilidad contractual o responsabilidad por el accionar lícito del estado. Los requisitos formales de los cocontratantes, pueden mantenerse como en los viejos tipos societarios o en los procedimientos que se disparen luego de la aprobación de una iniciativa, pero el ajuste de las finalidades estatales, sus alianzas estratégicas con socios privados o la decisión de realizar contrataciones directas - excepcionales del régimen licitatorio - están necesariamente ligados con pasos previos a las contrataciones públicas y crean un régimen propio: el de la responsabilidad precontractual.

7 El Artículo 3 del Proyecto de Decreto sometido a consulta decía así: Establécese la entrega sin cargo a las empresas que hayan adquirido los Pliegos de Bases y Condiciones de la Licitación pública N° 217/2007, de los Pliegos que en un futuro se aprueben para la Contratación del Servicio Público de Higiene Urbana en las villas de Emergencia Identificadas como 3,6,15,17,19 y 20, las que se encuentran ubicadas en la zona V de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.